beschränkt die Adcitation als unzulässig verworfen werden muß [40]), und daß insbesondere die Beiladung Dritter zur Eidesleistung in einem unter anderen Personen anhängigen Streite nicht zu billigen ist, auf jeden Fall aber, wenn eine Gesetzgebung sie gestatten will, das Verfahren und die Wirkungen dieser Beiladung vollständiger und besser festgesetzt werden müssen, als dies bisher geschehen ist.

40) Annalen der badischen Gerichte 1835. S. 193.

XIV.

Ueber die Rechtswohlthat der Competenz, nebst Bemerkungen über die s. g. processualische Consumtion der Klagen.

Von

Francke.

§. 1.

Ueber die wesentliche Bedeutung der Einrede der Competenz und über ihre Wirkung finden wir bei mehreren Schriftstellern der jüngst verflossenen Jahre eine dem Wortlaute nach von der bisherigen Lehre sehr abweichende Theorie. Jedoch sind die Ansichten der Schriftsteller, welche sich zu dieser neuen Lehre bisher bekannt haben, unter sich wiederum in erheblichen Punkten sehr verschieden; so sehr, daß die neue Doctrin nach der Darstellung einiger Schriftsteller in allen Resultaten mit der althergebrachten Lehre übereinkommt, während sie nach der Auffassung, welche sie bei Andern gefunden

hat, sehr weit sich davon entfernt. Es scheint aber gerade diese letztere Auffassung der Lehre, indem sie aus historischen Gründen vertheidigt wird, mehr und mehr Eingang zu gewinnen, obwohl ihre Vertheidiger größtentheils selbst zugestehen, daß sie über die innere Bedeutung und den historischen Zusammenhang dieser Lehre noch sehr im Unklaren sind. Sobald dieses aber der Fall ist, so ist es auch rathsam, mit dem Gebrauch historischer Argumente vorsichtiger zu seyn, als es hier geschehen ist. Am wenigsten ist es in solcher Lage rathsam, das anerkannt bei uns geltende Recht aus historischen Gründen zu bekämpfen; man läuft sonst Gefahr, aus nicht völlig erkannten historischen Sätzen Irrthümer abzuleiten, oder längst abgestorbene Rechtsinstitute für das lebendige Recht der Gegenwart auszugeben. Und gerade dieses Letztere ist mehrfach in unseren Tagen geschehen [1]; es ist auch in dieser Lehre geschehen. Deßhalb ist es mir Pflicht, bevor auch hier Zweifel und Ungewißheit in unserer Praxis entstehen, die neuen Doctrinen einer näheren Prüfung zu unterwerfen und zu dem Ende auch den geschichtlichen Zusammenhang dieser Lehre mit anderen Rechtsinstituten wo möglich in ein helleres Licht zu setzen, so weit dieses nämlich der Zustand unserer Quellen gestattet, welche allerdings in dieser Lehre nur spärlich fließen.

Von der Glosse an bis auf unsere Tage wurde die Bedeutung der Rechtswohlthat der Competenz vorzugsweise auf folgende Grundsätze zurückgeführt:

1) Der Schuldner, welchem diese Einrede zustehet, darf verlangen, daß ihm bei der Execution von dem, was er noch besitzt, nothdürftige Subsistenzmittel gelassen werden.

2) Die Einrede kann vom Schuldner noch in der Executionsinstanz vorgeschützt werden. Dies leitet man theils

---

1) Ich erinnere nur an Mayer's verunglückten Versuch, das Erbrecht des parens manumissor als lebendiges Glied unserer auf Blutsverwandtschaft beruhenden Successionsordnung einzureihen.

aus der Natur der Einrede ab, deren eigentlichste Bestimmung sey, die vollständige Execution, wie sie sonst gegen das gesammte Vermögen des Schuldners statt findet, zu beschränken; theils stützt man dieses auf mehrere Stellen im Corpus Juris, in welchen dieses, freilich nur bei Gelegenheit einzelner Fälle, ausgesprochen ist. Es ist nämlich ausdrücklich ausgesprochen für den Ehemann bei Rückgabe der Dos und für den Schenker [2]). Beide, der Ehemann und der Schenker, können hiernach noch gegen die actio judicati die Einrede der Competenz unter der Form einer doli exceptio geltend machen. Allerdings bin auch ich nicht der Meinung, daß dieser Satz auf diese beiden genannten Fälle zu beschränken sey. Denn sehr oft finden wir in den Quellen allgemeine und in der Natur der Sache selbst begründete Rechtssätze nur zufällig bei Gelegenheit einzelner Fälle ausgesprochen. Wir sind daher auch in keiner Weise berechtigt, solche Sätze auf die grade danach entschiedenen Fälle einzuschränken. Es ist dieses aber mehrfach in dieser Lehre bei andern Rechtsfragen geschehen; und nur deßhalb mußte dieser Punkt auch hier erwähnt werden.

Man war endlich darüber einig, daß die Einrede eine dilatorische sey. Denn die Forderung selbst wird dadurch nicht zerstört, daß der Schuldner zur Zeit kein überflüssiges Vermögen besitzt, auf welches die Execution gerichtet werden könnte. Es bestehet vielmehr die Forderung nach wie vor zu Recht, nur kann sie unter den obwaltenden Umständen nicht völlig oder gar nicht realisirt werden. Und falls der Gläubiger wartet, bis der Schuldner in bessere Umstände gelangt, so stehet seiner Klage überall kein Hinderniß entgegen. Die Einrede gehört daher nicht zu den peremtorischen, „quae in perpetuum nocent“, sondern sie gehört zu den dilatorischen, welche, weil sie das Forderungsrecht in keiner

---

2) l. 17. §. 2. soluto matrim. (24. 3). l. 33. pr. de donat. (39. 5). l. 41. §. 1. D. de re jud. (42. 1).

Weise afficiren, sondern ihren Grund in äußeren, augenblicklich statt findenden und wandelbaren Umständen haben, deßhalb „non semper locum habent et evitari possunt“ [3]). Daher kann denn auch der Gläubiger, wenn er mit der ersten Klage wegen der Einrede der Competenz nicht volle Befriedigung erlangte, sobald der Schuldner später zu Vermögen kommt, den Ueberrest seiner Forderung mit neuer Klage nachfordern, so lange und so oft, bis er volle Befriedigung erlangt hat.

Dieses war von der Glosse her die gewöhnliche Doctrin. Von abweichenden Meinungen finden wir früher nur seltene Spuren. So wird in der Glosse freilich eine abweichende Ansicht über den Umfang der Einrede erwähnt, wonach dem Beklagten die Lebensnothdurft nicht gelassen werde, sondern er alles Hab und Gut zur Befriedigung des Gläubigers hergeben müsse. Jedoch schon in der Glosse wird diese Ansicht aus ganz denselben Gründen zurückgewiesen [4]), mit welchen sich vor wenigen Decennien Thibaut gegen eine ähnliche Theorie Schömann's erklärte. Erst Schömann nämlich behauptete wieder — wenn gleich zweifelnd — daß nur die Eltern und Kinder, der Schenker, und wer früher schon bonis cedirt hatte, so viel von ihrem Vermögen für sich behalten dürften, daß sie nicht darbten. Alle übrigen Schuldner, denen die Rechtswohlthat der Competenz zustehe, müßten nichtsdestoweniger ihr ganzes Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger hergeben, indem sie auf den Belauf dieses Vermögens condemnirt würden. Dieses nur sey der Sinn der condemnatio in quantum facere debitor potest [5]).

---

3) l. 3. 7. D. de except. (44. 1). l. 47. §. 2 D. de pecul. (15. 1) „socius universum debet“ heißt es hier von dem, der die Einrede vorgeschützt hat.

4) Die Glosse zu l. 16 D. de re jud. (42. 1) und zu l. 173 D. de reg. jur. — Dissensiones Dominorum ed. Haenel pag. 540.

5) Schömann Handbuch des Civilrechts Bd. II. S. 68.

Hiergegen wendete Thibaut [6]) ein, wie dieses schon die Glosse gethan hatte, es sey ungereimt, nach dieser Theorie überhaupt von einer besondern Rechtswohlthat zu sprechen, da ja keinem Schuldner mehr genommen werde, als er habe. Außerdem berief er sich, und mit Recht, auf den ganz allgemein lautenden Ausspruch der l. 173 pr. D. de reg. jur. Hier heißt es nämlich:

> In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant.

Und so schien denn der Satz festzustehen, daß die Rechtswohlthat der Competenz jeden Schuldner, dem sie zustehet, zum Abzug der nothwendigsten Subsistenzmittel berechtigt. Zugleich aber ergibt diese Darstellung der gewöhnlichen Lehre, daß man die Bedeutung und den Zweck der Rechtswohlthat wesentlich darin setzte, daß sie in den gesetzlich bestimmten Fällen gegen die gewöhnliche Strenge der Execution eine billige Ausnahme so lange begründe, bis der Schuldner zu besseren Vermögensumständen gelangt sey.

Zu ganz anderen Resultaten kann aber, je nachdem sie gestaltet wird, die neue Lehre führen, welche zum Theil wieder der Ansicht Schömann's sich anschließt. Sie ging aus von Holtius in der bibliothèque du jurisconsulte [7]). Sie wurde bekannter in Deutschland durch von Schröter's, jedoch nur zum Theil beistimmende Recension in der Tübinger kritischen Zeitschrift [8]). Sie wurde in einer etwas modificirten Gestalt weiter verbreitet durch Zimmern's Rechtsgeschichte [9]) und ist also übergegangen in einige der neuesten Lehrbücher

---

6) Thibaut Civilistische Abhandl. No. XVI. S. 345.

7) Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste. Liège 1826. T. I. p. 389 — 405, und in der Tübinger Zeitschrift Bd. IV. S. 504.

8) Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Bd. IV. S. 76.

9) Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. Bd. 3. §. 141.

der Pandekten [10]), so wie in das von Weiske redigirte Rechtslexikon [11]).

Nach der Gestalt aber, welche diese Theorie bei Zimmern und von Vangerow angenommen hat, lautet sie also:

1) Der Schuldner, welcher nur in id quod facere potest verurtheilt wird, wird nicht auf den vollen Betrag seiner Schuld, wohl aber doch, ohne Abzug seiner Lebensnothdurft, auf den Betrag seines gesammten activen Vermögens condemnirt: (nur der Schenker kann bekanntlich den Betrag seiner Schulden davon zuvor abrechnen). Dieses geschah im Römischen Recht, (obwohl die Einrede auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden kann), regelmäßig durch das erste in der Hauptsache gefällte Urtheil. Denn es wurde der judex durch die ihm ertheilte Formel ausdrücklich angewiesen, „duntaxat in id quod facere potest" zu verurtheilen. Hierdurch wurde aber der Schuldner von dem Reste seiner Schuld gänzlich liberirt.

2) Zu dieser condemnatio in quantum facere potest sey dann — nach dieser Theorie — später eine zweite Einrede hinzugekommen, in Folge deren demselben Schuldner, also jedem, der die Einrede der Competenz hat, die nothdürftigen Subsistenzmittel gelassen werden. Diese zweite Einrede gehöre aber erst dem Executionsverfahren an, und sey hierin erst vorzuschützen. Was aber hierdurch der Gläubiger verliere, das könne er nachfordern, sobald der Schuldner zu Vermögen später gelange.

Auf diese Weise haben wenigstens Zimmern und von Vangerow die Rechtswohlthat der Competenz in zwei verschiedene Einreden zerlegt, welche theils hinsichtlich der Vorschützung im Proceß unter sich verschieden waren, theils

---

10) Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts. Th. II. §. 198. nota t, der 5ten Ausg. von Fritz, und v. Vangerow Leitfaden Th. I. §. 174. S. 212—14.

11) J. C. Heimbach im Rechtslexicon Bd. I. S. 877.

in Betreff der Nachforderung verschiedene Wirkungen hervorbrächten. Dagegen nach Holtius [12]) und von Schröters Darstellung erscheint die Rechtswohlthat der Competenz noch immer als eine einzige ungetheilte Einrede. Nur hat dieselbe ehedem im altrömischen Rechte einen andern und beschränkteren Umfang gehabt, als in dem spätern und jetzigen Recht. In alter Zeit wurde der Schuldner in Folge der condemnatio in quantum facere potest allerdings auf den vollen Betrag seines activen Vermögens verurtheilt. Jetzt wird ihm, derselben Einrede wegen, deren Umfang nur ausgedehnt ist, außerdem noch die Lebensnothdurft gelassen. — Hiernach wäre denn allerdings eine historische Notiz über antiquirtes Recht gewonnen, welche, wie mit Recht v. Schröter bemerkte, fruchtbringend werden muß für die noch sehr nothwendige Erklärung der ganzen Lehre. Aber für das jetzige Recht ist die Bedeutung der Rechtswohlthat die altbekannte geblieben.

Diese Auffassung der Lehre erscheint aber als die einzig richtige. Dagegen ist eine Zersplitterung der Rechtswohlthat in zwei verschieden wirkende Einreden weder aus den Quellen zu beweisen, noch mit den Aussprüchen derselben zu vereinigen. Die alte beschränkte Bedeutung der Rechtswohlthat ergibt sich aber nicht blos aus der Wortbedeutung der „condemnatio in quantum facere potest“, so wie daraus, daß diese Worte in den Quellen gleichbedeutend genommen werden mit dem Ausdruck „non *ultra* facultates condemnari [13]), sondern insbesondere spricht Theophilus [14]) dafür. Bei diesem ist niemals zu vergessen, daß er für seine Vorlesungen, oft mehr oft minder sorgfältig, die Schriften alter Juristen benutzte. Daher ist er bei aller seiner Oberflächlich-

---

12) in der Tübinger Zeitschrift Bd. IV. S. 505.

13) l. 19 D. de pactis (2. 14) l. 21 D. de re jud. (42. 1) §. 37 J. de act. (4. 6.)

14) Theophilus ad §. 37 J. de action.

keit wichtiger für manche von ihm aufgenommene historische Notizen, als für das Recht zu Justinians Zeit, mit welchem er oft, wie gerade auch hier, in offenbarem Widerspruche steht. Dieser Theophilus nun erklärt die Rechtswohlthat als eine Verurtheilung auf den Betrag des jetzigen Vermögens, so daß der Schuldner, welcher 100 schulde und nur 50 noch besitze, gerade auf diese 50 verurtheilt werde. Dieses ist freilich, wie wir sahen, für das Recht zu Justinians Zeit falsch, indem hiernach dem Schuldner erst die nothdürftigen Subsistenzmittel blieben, aber erheblich ist es als historische Notiz. Auch enthalten die Quellen deutliche Spuren, daß allmälig erst der Umfang der Einrede erweitert worden ist. So wird in der l. 19 §. 1 D. de re judic. (44. 1.) vom Schenker zuerst gesagt, daß er auf den Belauf seines Vermögens, und zwar er allein, nach Abzug der Schulden verurtheilt werde, und diesem ist dann, als eine neu entstandene billige Ansicht beigefügt: „imo nec totum quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.“ Dieser Ausspruch des Paulus berechtigt uns freilich nicht dazu, die Rechtswohlthat in zwei verschiedene Einreden mit verschiedenen Folgen zu zerspalten; wohl aber erweiset derselbe die spätere und allmälige Erweiterung des Umfangs der Einrede, welche Erweiterung jedoch derselbe Paulus als allgemein geltend in der l. 173. de reg. juris hinstellt. Es ist aber jetzt diese letztere Stelle genauer noch zu erwägen. Sie lautet:

> In *condemnatione* personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.

Diese Stelle zeigt uns erstens, wie irrig es war, wenn Schömann den so erweiterten Umfang der Rechtswohlthat auf einzelne Fälle deßhalb beschränken wollte, weil in andern Stellen nur zufällig von jenen einzelnen Fällen die Rede war; und dieses Beispiel sollte uns warnen vor ähnlicher beschränkender Interpretation. Insbesondere aber zeigt diese

Stelle, daß die Rechtswohlthat der Competenz eine einzige untheilbare Einrede ist. Es ist nämlich eine bekannte Sache, daß diese Einrede, wiewohl sie als exceptio von den Römern charakterisirt wird [15], dennoch in dem alten Proceß nicht unter der gewöhnlichen Form der Einreden der formula insferirt wurde. Dieses wäre zu hart gegen den Gläubiger gewesen, der dann wegen pluris petitio seinen ganzen Anspruch verloren haben würde. Es wurde vielmehr nur die condemnatio verändert, d. h. der Theil der formula, durch welchen der judex eventuell instruirt wurde, daß und wie er condemniren sollte. Es lautete z. B. die gewöhnliche Formel einer Darlehensklage so: Si paret Numerum Negidium Aulo Agerio 1000 dare oportere, N. Negidium A. Agerio mille condemnato, si non paret absolvito. Dagegen wurde, im Fall dem Beklagten die Einrede der Competenz zustand, die Formel also gefaßt: Si paret mille dare oportere, N. Negidium duntaxat in id quod facere potest A. Agerio condemnato, s. n. p. a. [16]). Und ursprünglich verurtheilte der judex den Beklagten hiernach auf die Summe seines noch vorhandenen Vermögens. Später dehnte eine mildere Rechtsansicht den Begriff dieser Einrede dahin aus, daß dem Schuldner die Lebensnothdurft bleiben müsse, deren Betrag daher der *judex* bei der Feststellung der Condemnationssumme von dem Betrag des Vermögens abrechnete. Den Beweis hiefür enthält die citirte l. 173 de reg. jur. Denn Paulus sagt hier: in *condemnatione* — non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. Es war also dieser Umstand, daß dem Beklagten die nothwendigen Lebensbedürfnisse bleiben müssen, vom judex bei der Condemnation zu be-

---

15) l. 7 D. de except. 44. 1.

16) Unsere Einrede hatte daher Paulus mit vor Augen, wenn er schrieb: Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione *modo minuit damnationem* l. 22 pr. D. de exc. 44. 1.

rücksichtigen; diese Condemnation wurde um so viel ermäßigt. Es gehört also dieser Punkt keineswegs erst nothwendig in die Executionsinstanz. Dasselbe folgt aber auch aus der l. 30. D. de re judic. (42. 1). Hier sagt Pomponius: Wenn es bei einer Schenkungsklage zweifelhaft ist, ob dadurch des Schenkers Vermögen so weit erschöpft wird, daß ihm selbst nicht genug zu leben bleibt, *actio in id quod facere possit danda est, ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur.*

Hiernach wird also durch die Beschränkung der actio auf das quod facere donator potest bewirkt, daß dem Schenker die Lebensnothdurft bleibt. — Außerdem möchte doch auch die Zerstückelung der Rechtswohlthat in zwei verschiedene Einreden sich aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit wohl nicht sehr empfehlen. Es ist aber jene Ansicht lediglich auf den öfter vorkommenden Ausdruck, non totum quod habet *extorquendum* est, gebauet. Zimmern glaubte, dieses extorquendum deute nothwendig auf das Verfahren in der Executionsinstanz. Allein sicher mit Unrecht. Denn auch der judex, welcher die Summe der Condemnation so niedrig stellt, daß dem Beklagten nach deren Bezahlung noch einiges Vermögen übrig bleibt, sorgt ebenfalls dafür, daß dem Beklagten non totum quod habet extorqueatur, sed et ipsius ratio habet ne egeat. Und daß dieses die Römer meinten, folgt aus beiden Stellen. Paulus setzt ja in der l. 173 die Bedeutung der condemnatio in quantum facere potest gradezu darin, daß dem Schuldner die Lebensnothdurft bleibe. Und so werden wir denn auch fortan berechtigt seyn, die Bedeutung der ganzen Rechtswohlthat so, wie es bisher geschah, aufzufassen, wie dieses mit Recht auch von Mühlenbruch [17]) und Puchta in ihren Lehrbüchern der Pandekten geschehen ist. Dagegen müssen wir es als eine

17) Th. I. §. 154. nota 2.

verkehrte Anwendung der Rechtshistorie bezeichnen, wenn man für eine dogmatische Darstellung des jetzigen Rechts den alten schon zu Paulus Zeit antiquirten Begriff der condemnatio in quantum facere potest jetzt wieder zum Grunde legt, wie dieses z. B. von Heimbach in dem citirten Rechtslexikon geschehen ist.

§. 2.

Selten aber hat in der Doctrin eine größere Einigkeit der Ansichten über irgend eine Lehre bestanden, als hier darüber, daß der Gläubiger berechtigt sey, mit neuer Klage dasjenige nachzufordern, was er der Rechtswohlthat wegen mit der ersten Klage nicht erlangte. Als Dissentienten weiß ich nur den Glossator Johannes Bassianus zu nennen. Uebrigens finden wir bis auf unsere Tage bei Theoretikern wie bei Praktikern Uebereinstimmung der Ansichten [18]). Wie hätte man auch, besonders in Deutschland, an der Zulässigkeit der Nachforderung zweifeln können? Denn die Einrede ist eine dilatorische ihrer Natur nach. Wenn also der Schuldner auch zur Zeit (weil er nicht mehr besitzt, als zu seiner Lebensnothdurft erforderlich ist), gar nicht oder nicht völlig ausgeklagt werden kann, so kann doch nach den Grundsätzen unseres jetzigen Rechts keine Klage wegen einer dilato-

18) z. B. die Glosse zu l. 8 D. de exc. (44. 1) und zu l. 8 C. sol. matr. (5. 18). Donelli comment. de jure civ. lib. 27 cap. XI. §. 1. 3. Bachovii comm. in Institut. ad §. 37. J. de action. Vinnius in Instit. ad §. 37 J. l. c. Carpzov. Asylum debitorum §. 386. (in dessen Volumen disputationum). Lauterbach Dissert. T. I. Diss. 13. Wernher Diss. de beneficio compet. in Supplem. ad observ. for. P. VII. Obs. 85. Schilter Praxis jur. Rom. Exerc. 27. §. 59. 60. Zanger de exception. P. II. cap. 15 §. 1. Dabelow ausführl. Einleitung der Lehre vom Concurse, Kap. VII. S. 172. Glück Pandekten Th. IV. S. 298. — Keller über Litiscontestation S. 573. nota 3. Puchta Lehrbuch der Pandekten §. 221.

rischen Einrede gänzlich und für immer abgewiesen werden, sondern sie wird als zur Zeit unstatthaft zurückgewiesen, sey es die Klage selbst oder das Executionsgesuch. Und daraus folgt von selbst die Statthaftigkeit einer neuen Klage, sobald später der Schuldner in bessere Vermögensumstände kommt. — Aus diesem Grunde wird denn wohl in unserer Praxis die rechtliche Zulässigkeit der Nachforderung niemals in Zweifel gezogen werden. Jedoch dürfen wir uns bei diesem Resultate nicht beruhigen, sondern wir müssen untersuchen, wie nach den Grundsätzen des Römischen Processes die Sache sich gestaltete. Dieses ist nothwendig zum Verständniß und zum richtigen Gebrauch unserer Quellen. Denn darin haben Holtius und die ihm beistimmenden Gelehrten ganz recht gesehen (wie dieses aber auch schon früher nicht unbekannt war), daß zu Gajus und Ulpians Zeit eine Nachforderung mittelst neuer Klage ipso jure nicht Stattfand, sondern daß sie nur in Folge einer im ersten Proceß vom Schuldner geleisteten Caution eventueller Nachzahlung Statt haben konnte. Gefehlt aber haben sie darin, daß sie dieses, was lediglich Folge eines für uns antiquirten processualischen Grundsatzes war, für jetzt geltendes Recht hielten. Jener Satz, daß ehedem ipso jure keine Nachforderung Stattfand, folgt schon aus der noch in mehreren Stellen des Corpus Juris als nothwendig erwähnten Caution. Dieselbe war eine bloße Verbalcaution [19]); ihr Zweck war daher nur der, für die Zukunft die Anstellung einer neuen, sonst aufgehobenen Klage möglich zu machen. Es wäre sonst ganz unnütz gewesen, den Beklagten zu dieser bloßen Angelobung zu verpflichten.

Auch hier aber findet sich bei den gedachten Schriftstellern eine bedeutende Meinungsverschiedenheit. Holtius nämlich, Zimmern, Fritz, v. Vangerow wollen die Caution und damit die Möglichkeit einer Nachforderung auf die beiden Fälle beschränken, in welchen die Caution in den

19) l. 63. §. 4. pro socio (17. 2.) „scilicet nuda promissio.“

Quellen ausdrücklich erwähnt wird. Diese Fälle sind die Rückzahlung der Dos und die actio pro socio [20]). Gegen diese Beschränkung haben sich nebst allen älteren Schriftstellern unter den neueren besonders von Schröter, Keller und Mühlenbruch erklärt [21]). Und dieses mit Recht; denn auch abgesehen von den historischen Gründen, auf welche wir später zurückkommen werden, so liegt in dem Verhältniß des Ehemanns und eines Socius durchaus kein Grund, weßhalb diese strenger behandelt werden sollten, als andere Schuldner, denen dieselbe Einrede zustehet. Es ist aber auch schon oben bei zwei andern gerade diese Lehre angehenden Rechtsfragen gezeigt worden, wie unzulässig es ist, Rechtssätze, welche über eine Lehre nur zufällig bei Gelegenheit einzelner Fälle vorkommen, auf diese Fälle zu beschränken. Zimmern hat sich jedoch für diese Beschränkung noch berufen auf die Analogie der l. 47. §. 2 D. de pecul. Es scheint aber, daß ältere Schriftsteller, wie z. B. Schilter a. a. O., sich mit größerem Rechte auf dieselbe Stelle berufen haben, um jene Beschränkung zurückzuweisen. In dieser Stelle ist nämlich ein Vater wegen der Schuld seines Sohnes de peculio belangt worden, während das Peculium geringer ist, als die Forderung. Der Vater kann also nur auf den Betrag des Peculiums verurtheilt werden. Nun wird gefragt, ob nicht wenigstens der Vater eine eventuelle Nachzahlung angeloben müsse auf den Fall, daß das Peculium später vermehrt werde, da doch der Socius dieß müsse, wenn er der Competenz wegen nicht auf den vollen Betrag seiner Schuld verurtheilt werde. Es wird aber diese Frage bloß deßhalb verneint, weil dieses keine eigne Schuld des Vaters sey, während der Socius, falls er die Einrede vor-

20) l. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13). l. 63. §. 4. D. pro socio (17. 2). l. 47. §. 2. D. de peculio (15. 1).

21) Keller über Litiscontestation S. 573. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts Th. I. §. 164.

schützt, dennoch das Ganze selbst schulde[22]). Da nun aus demselben Grunde auch dem auf Rückzahlung der Dos belangten Ehemanne dieselbe Caution auferlegt wird, so werden wir auch in allen übrigen Fällen derselben Einrede dasselbe anzunehmen berechtigt seyn.

Jedenfalls aber zeigt diese Stelle, daß auch die Römer die Natur dieser Einrede als einer dilatorischen nicht verkannt haben. Denn der Socius, welcher der Rechtswohlthat wegen nicht auf den vollen Betrag seiner Schuld verurtheilt werden kann, soll deßhalb, „quia universum debet", d. h. weil er ungeachtet der Einrede doch in der That das Ganze schuldig ist, eine eventuelle Nachzahlung angeloben. Daraus folgt aber auch die Allgemeinheit der Caution für alle Fälle der Einrede, während in unserm Proceß dasselbe durch die den alten Römern gänzlich unbekannte Abweisung der Klage „zur Zeit" erreicht wird.

§. 3.

Demnach haben wir also vermöge der neuen Lehre für unser geltendes Recht durchaus kein neues praktisches Resultat gewonnen, sondern es dürfte wohl in dieser Hinsicht Alles beim Alten bleiben. Was aber gegenwärtig richtiger

22) Beiläufig bemerkt folgt aus dieser Stelle, daß die l. 30. §. 4 D. de pecul. (15. 1.) interpolirt ist, aber interpolirt ganz im Geiste des Justinianischen Rechts. Sie sagt nämlich, wer mit der actio de peculio nicht seine volle Befriedigung erlangte, der könne aucto peculio nochmals später klagen. Es ist dieses gegen die Prinzipien des alten Proceßrechts, wonach die der actio de peculio zu Grunde liegende Obligation nicht zum zweiten Male in judicium deducirt werden konnte; und die l. 47. cit., welche den unverfälschten Geist des alten Rechts an sich trägt, verneinte ja selbst, daß eine solche nochmalige Klage durch eine bei der ersten Klage zu leistende Verbalcaution vermittelt werden dürfe; es konnte daher solche Klage nicht schon ohnehin stattfinden, während Justinians Recht, dem die s. g. processualische Consumtion der Klagen unbekannt ist, mit Recht in der l. 30. eine wiederholte Klage zuläßt.

erkannt ist als in früheren Zeiten, das betrifft zwei historische Notizen. Wir sahen nämlich

1) daß bei den Römern eine Nachforderung durch neue Klage nicht ipso jure Stattfand, sondern daß diese durch eine Verbalcaution vermittelt wurde, und

2) daß die Einrede im alten Rechte einen beschränkteren Umfang hatte, als im neueren Rechte, indem anfangs dem Schuldner nicht die nothdürftigen Subsistenzmittel gelassen wurden, sondern er auf den vollen Betrag seines activen Vermögens verurtheilt wurde.

Hierbei hat sich aber wohl schon jedem meiner Leser die Frage aufgedrängt: Worin bestand denn eigentlich die Bedeutung dieser Rechtswohlthat im alten Rechte, wenn doch der Schuldner, ungeachtet der ihm zustehenden Einrede, sein ganzes Hab und Gut zur Befriedigung des Gläubigers hergeben mußte? Wie kamen die Römer dazu, dieses als eine besondere Rechtswohlthat hinzustellen und daraus ein selbständiges Rechtsinstitut zu bilden, wenn doch anderen Schuldnern durch die Execution auch nicht mehr genommen wird, als sie haben? Unter den neueren Schriftstellern hat nur v. Schröter versucht, diese Frage zu lösen, indem er einsah, daß zuerst die Bedeutung der alten Lehre erklärt werden müsse, bevor man von derselben Gebrauch machen dürfe zur Erklärung der Quellen und zur Aufstellung neuer Doctrinen. Seine Erklärung ist folgende: „Die Rechtswohlthat ist älter als die lex Julia de cessione bonorum [23]). Die alte venditio bonorum hatte zur Folge, daß der Schuldner liberirt, aber auch infamirt wurde. Zur Abwendung dieser Infamie erfanden die Prätoren die condemnatio in quantum facere potest, welche ebenfalls den Schuldner von Nachfor-

23) Es ist nämlich anerkannt, daß sie schon den Juristen aus der Zeit der Republik als bestehendes Recht bekannt war (l. 48. §. 1. D. Soluto matrim. (24. 3.) Auch folgt es aus ihrem Verhältnisse zur cessio bonorum.

derung liberirte. Als nun die cessio bonorum jeden Schuldner, der sich nicht in dolo befand, von jener infamia befreite, aber Nachforderung bei vermehrtem Vermögen zuließ, als zugleich der Umfang der Rechtswohlthat ausgedehnt wurde bis zum Abzug der Lebensbedürfnisse, da mußte es billig erscheinen, auch hier eine Nachforderung zu gestatten und besonders aus diesem Grunde muß die Caution einer eventuellen Nachzahlung schon für das Recht der Pandekten allgemein verstanden werden."

Gegen diese Auffassung der Sache haben sich ausdrücklich Holtius und Zimmern erklärt. Ihren Gründen vermag ich freilich nicht beizustimmen, wiewohl auch mir diese Erklärungsweise nicht genügend erscheint. Es haben aber Holtius und Zimmern selbst nicht versucht, die Bedeutung der Sache zu erklären; vielmehr meinte Zimmern, es lasse sich kein Zusammenhang mit andern Rechtsinstituten nachweisen. — Es muß doch aber irgend einen Sinn gehabt haben, wenn die Römer es als eine besondere Rechtswohlthat gewisser Schuldner ehedem ansahen, daß dieselben nur so weit, wie ihr Vermögen reichte, verurtheilt wurden. Nicht leicht aber wird jemand glauben, es sey die ganze Bedeutung und der Zweck dieser Rechtswohlthat ehedem gewesen, den Schuldner, welcher zur Zeit insolvent war, auch für die Zukunft und für die Zeit seiner vollen Zahlungsfähigkeit von seiner Schuld zu befreien. Diese Folge trat allerdings ehedem in Folge processualischer Grundsätze bei der condemnatio in quantum facere potest ein, indem im alten Recht keine Klage zum zweiten Male angestellt werden konnte, auch wenn sie bloß wegen einer dilatorischen Einrede zurückgewiesen war. Allein als Zweck und Entstehungsgrund der ganzen Lehre diese Folge zu betrachten, das wäre doch in der That juristisch unmöglich.

Augenscheinlich hat die Rechtswohlthat der Competenz, wie dieses auch die allgemeine Ansicht unserer Schriftsteller zu seyn scheint, ihre wesentliche Beziehung zu dem Execu-

tionsverfahren gegen insolvente Schuldner. Von selbst ist dieses klar, seitdem dem Schuldner der Abzug seiner Lebensbedürfnisse gestattet wird. Hier wird die Execution dahin eingeschränkt, daß dem Schuldner nothdürftige Subsistenzmittel bleiben. Daher auch kann die Einrede noch in der Executionsinstanz vorgeschützt werden, ja es wird heutzutage, auch wenn die Einrede bei der Einlassung vorgeschützt worden ist, ihre Erledigung regelmäßig der Executionsinstanz vorbehalten, um zuvörderst erst das materielle Recht und die Summe der Forderung selbst festzustellen. Daher wird es nothwendig, um die ältere Bedeutung und die Entstehung der condemnatio in quantum facere potest zu erklären, das altrömische Executionsverfahren zu betrachten. Denn es liegt im Gange der Rechtsbildung nothwendig begründet, daß mit der Veränderung des Executionsverfahrens auch die veränderte Bedeutung der Rechtswohlthat zusammenhängt. Aus diesem Grunde glaube ich auch in dieser für das praktische Recht bestimmten Zeitschrift einige Andeutungen über das Römische Executionsverfahren geben zu dürfen; um so mehr, da ich nicht selten bei Schriftstellern wie bei Praktikern die Klage vernommen habe, daß eine klare Ansicht der Römischen Executionsarten aus unsern civilistischen Büchern schwer zu entnehmen sey. Und in der That finden sich auch über die Bedeutung der actio judicati, und ihr Verhältniß zu der missio in bona und zu der pignoris capio oftmals nicht ganz klare Ansichten [24]). — Die roheste und älteste Auffassung der Schuldverhältnisse ist überall die, daß der Schuldner mit seiner Person dem Gläubiger verhaftet sey. Hat er Vermögen, so wird er dann schon, um seine Person zu retten, für Zahlung sorgen, vermag er es nicht, so ist seine Person dem Gläubiger verfallen. Diese Auffassung und

24) Die beste Darstellung findet sich in Hollweg Handbuch des Civilprocesses. Th I. S. 29—31.

die darauf beruhende Personalexecution ist daher in allen bekannten Rechten die älteste Executionsweise für Schuldforderungen. Sobald sich aber daneben eine Execution gegen das Vermögen des Schuldners gebildet hat, so wird dadurch die Personalexecution nothwendig zurückgedrängt werden. Man wird später anfangen einzusehen, daß das Verfahren gegen einen Insolventen, wodurch derselbe seiner Insolvenz wegen einem Verbrecher gleich behandelt und in seiner ganzen bürgerlichen Existenz bedrohet wird, gar nicht den Namen eines Executionsmittels verdient, sondern oft nur ein Mittel genannt werden kann, wodurch der Gläubiger ein persönliches Gefühl der Rache befriedigt, auf eigene oder auf des Staats Kosten, je nachdem nämlich er selbst oder der Staat die Unterhaltung des verhafteten Schuldners zu bestreiten hat. Es ist höchstens eine Tortur, um den Schuldner zur Beischaffung vielleicht von ihm verborgener Güter zu bewegen, oder um seine Angehörigen zur Zahlung aus ihren Mitteln zu veranlassen, in beiden Hinsichten ein gleich verwerfliches Mittel. Diese Einsicht, die jedoch meistens nur sehr allmählig Geltung gewinnt, führt dann nothwendig zur Beschränkung der Personalhaft. So ist z. B. im Französischen Rechte die Personalhaft auf einzelne bestimmte Fälle beschränkt worden. So trifft sie im Römischen Rechte seit der lex Julia de cessione bonorum nur noch den, welcher durch Arglist oder Betrug sich einer milderen Behandlung unwürdig gemacht hat. Und weiter noch ging, gestützt auf das kanonische Recht und dessen Usual-Interpretation [25]), das gemeine Deutsche Recht. Dieses verwarf,

---

25) Cap. 2. X. de pignor. (3. 21.) „Lex habet ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint, quae possint pro debito *addici*" Die Schlußworte scheinen allerdings darauf hinzuweisen, daß hier von einem gerichtlichen Verfahren, von der Executions-Instanz, die Rede ist, und nicht bloß von einer willkührlichen (oder auch vertragsmäßigen) Haft des Schuldners in der Gewalt seines Gläubigers, wovon allein die beiden Stel-

mit Ausnahme des Wechselarrestes, die Personalhaft als Executionsmittel gegen insolvente Schuldner; so daß den Schuldner nur in Folge einer criminellen Untersuchung seiner Schulden wegen eine Freiheitsstrafe treffen kann, falls er diese durch begangene Delicte in der That verdient hat, und so, daß ihn diese Strafe nur in dem Umfange trifft, in welchem er dieselbe verdient hat, während es sonst ja meistens von der Gläubiger Willkühr abhängen wird, ob und wie lange sie den Schuldner in der Haft halten wollen. Und aus legislativen Rücksichten scheint nur dieses Prinzip allein Billigung zu verdienen, obwohl noch Particularrechte und neuere Legislationen weit entfernt sind, dieses anzuerkennen. So hat die Preußische Gerichtsordnung (Kap. 24. §. 143 und 146) ein jedoch regelmäßig auf ein Jahr beschränktes Schuldgefängniß gegen insolvente Schuldner sanctionirt. So hat ferner das Königlich Sächsische Recht in dem sogenannten Schuldthurmsproceß ein durch keine Zeitbestimmung beschränktes Schuldgefängniß auf Kosten des Staates, von dem jedoch vornämlich Curanden, filiifamilias, und der Regel nach auch Frauen befreit sind, und gegen welches ebenso die Einrede der Competenz, so wie die cessio bonorum sichert [26]), was Alles sich ja fast ebenso auch im Justinianeischen Rechte geordnet findet. In Sachsen ist dieses Schuldgefängniß an die Stelle eines älteren Verfahrens getreten, welches wiederum mit dem älteren Römischen Recht große Analogie darbietet. Denn nach dem Rechte des Sachsenspiegels, welches sich ebenso in zahlreichen Statuten des Mittelalters ganz

---

len der Justinianeischen Rechtssammlung, auf welche das cap. 2. sich beziehen kann, zu verstehen sind: nämlich Nov. 134. cap. 7. „quia personam liberam pro debito praesumserit retinere", und l. 12. C. de oblig. (4. 10): *Ob aes alienum servire liberos* creditoribus, jura compelli non patiuntur.

26) Darüber Teucher, der Schuldthurmsproceß im Königreich Sachsen. Leipzig 1822, und über die Personalexecution überhaupt **Mittermaier** in diesem Archiv. Bd. XIV, No, IV. XI.

gleichlautend findet, wurde der insolvente Schuldner dem Gläubiger zu Hand und Halfter übergeben, nicht etwa, wie ältere Schriftsteller meinten, zum Abarbeiten seiner Schuld, sondern bis er zahlte. Der Gläubiger mußte ihn halten wie sein Gesinde, doch durfte er ihn fesseln [27]). — Hiernach aber darf es uns wahrlich nicht wundern, wenn wir auch im altrömischen Rechte, welchem milde Ansichten ohnehin fremd waren, ganz ähnliche und selbst härtere Grundsätze gegen jeden insolventen Schuldner aufgestellt finden, welche Sätze aber gegen den Inhalt der Quellen auf Darlehns-schuldner zu beschränken, gar kein Grund ist [28]). Die Klage nämlich, welche das Römische Recht, in Justinians Zeit wie früher, gegen den judicatus, d. h. gegen jeden verurtheilten Schuldner giebt, ist bekanntlich die actio judicati. Und grade mit dieser Klage war die strenge Personalexecution verbunden; welche folglich wegen aller Schulden Statt fand. Diese judicati actio ist — als persönliche Klage — gegen die Person des Schuldners gerichtet, sie verfolgt die persönliche Haftpflicht: „judicati velut obligationem [29]).“ Mit der Execution gegen das Vermögen hat sie nichts zu thun, weder im alten Rechte noch zu Justinians Zeit. Vielmehr wird die actio judicati dieser gegen das Vermögen gerichteten Execution stets entgegengesetzt. Grade so wie in Nov. 134 cap. 9 Justinian die Execution durch Schuldgefängniß streng unterscheidet von dem gegen die Güter des Schuldners gerichteten Verfahren, so wird in den Pandecten die actio judicati der Execution durch pignoris capio entgegengesetzt [30]). Im älte-

---

27) Sächsisches Landrecht. III. 39. Die Rücksicht auf mögliches Abarbeiten findet sich bloß in einzelnen späteren Landesgesetzen, z. B. Alte Gothaische Proceßordnung von 1670. P. I. cap. XX.

28) A. M. v. Savigny, Ueber das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834.

29) l. 3. §. 11. de pecul. (15. 1.)

30) „vel actionem judicati eo casu denegandam, vel exsequi

sten Recht war das Verfahren der actio judicati dieses: Der Gläubiger ergriff den judicatus nach dreißig Tagen, vermöge der ihm gestatteten manus injectio, und brachte ihn vor Gericht. Der judicatus durfte selbst sich nicht mehr vertheidigen, doch konnte für ihn ein vindex auftreten, sei es als Bürge oder zu gerichtlicher Vertretung. Sonst führte der Gläubiger mit des Prätors Genehmigung den Schuldner in seine, des Gläubigers, Wohnung und fesselte ihn. Und hatte er ihn innerhalb sechzig Tagen noch an drei Markttagen, unter öffentlichem Ausrufen seiner Schuld, vorgeführt, ohne daß Jemand ihn auslösete, dann erst wurde ihm der Schuldner addicirt. Hierdurch war aber Anfangs der Schuldner dem Gläubiger verfallen, so daß dieser ihn tödten oder in die Fremde als Sklave verkaufen durfte [31]). Diese Barbarei scheint freilich bald gemildert worden zu sein, sei es durch Gesetze oder durch Gewohnheit. Es ist aber ein altes Mißverständniß, welches jedoch noch in neue Bücher übergegangen ist, als sei durch eine lex Poetelia von 428 p. u. die Addiction, ja überhaupt die persönliche Haftpflicht der verurtheilten Schuldner ganz aufgehoben worden [32]) Dieses Haften mit der Person bestehet vielmehr, wenn gleich in modificirter Gestalt, noch im Justinianeischen Rechte. So lange die alten Proceßformen der legis actiones bestanden —

Praetorem ita judicatum non debere (75 inf. D. de jud. (5. 1.) l. 2. pr. de admin. tut. (26. 7.)

31) „aut capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.“ Gellius XX. 1. 47.

32) Diese lex schaffte das Nexum ab, d. h. einen Vertrag, wodurch früher der Schuldner gegen eine Geldschuld, meistens ein Darlehn, sich selbst dem Gläubiger in Schuldknechtschaft hingab, bis zur Rückzahlung des Geldes, gleichsam als antichretisches Faustpfand. Ob diese lex jedoch zugleich die Verhaftung der adjudicati milderte, muß dahin gestellt bleiben. Vergl. von Savigny a. a. O. und besonders von Scheurl „vom Nexum“. (Erlangen 1839) Nur möchte letzterer wohl darin irren, wenn er ein Abarbeiten der Schuld, durch Abrechnen der geleisteten Dienste, annimmt (S. 81).

und sie sind erst durch eine spätere lex Aebutia und zwei leges Juliae abgeschafft — wurde fortwährend noch durch manus injectio gegen die Person des judicatus verfahren, und dieser dem Gläubiger adjudicirt und von ihm mindestens in factischer Knechtschaft gehalten [33]. Auch nach Abschaffung der manus injectio war nur die Proceßform der actio judicati eine andere geworden, die Klage selbst und die damit verbundene Personalhaft blieb nach wie vor. Noch in den Pandecten, wie bei Gajus und Gellius, sind die addicirten Schuldner in der Privathaft (vincula privata, carcer privatus) ihrer Gläubiger [34]), erst im Codex und in den Novellen finden wir sie in öffentlichen Schuldgefängnissen [35]). Nach Justinians Rechte sind ferner Frauen allgemein von diesem Schuldgefängnisse befreiet [36]), auch darf dasselbe schon nach älteren Verordnungen nicht zur Beitreibung öffentlicher Abgaben gebraucht werden [37]). Im Uebrigen hatte aber der Gläubiger die Wahl, ob er auf Execution gegen des Schuldners Vermögen antragen, oder ob er den Schuldner persönlich mit der actio judicati belangen, und denselben, wenn er nicht zahlte, zum Schuldgefängniß bringen wollte. Jedoch kann der Schuldner, falls ihm kein dolus zur Last fällt, vom Schuldgefängnisse sich dann noch durch die cessio bonorum befreien. Denn dazu ist diese, wie Alexander Severus rescribirt, durch eine lex Julia eingeführt, „*ne judicati detrahantur in carcerem*“ [38]), wel-

33) cf. Gaj. IV. §. 21 — 25.

34) l. 23 pr. D. ex quibus causis maj. (4. 6.). l. 34. D. de re judic. (42. 1.). *Gaj.* III. 199. *Gellius* XX. 1. 51. — Auch Cicero pro Flacco cap. 20. „Cum judicatum non faceret, addictus Hermippo et ab eo ductus est,“ und die übrigen bei Zimmern Rechtsgesch. Th. 3. §. 47. nota 6. citirten Stellen.

35) tit. 6. de priv. carc. inhibendis (9. 5.)

36) Nov. 134. cap. 9.

37) l. 2. 6. de exactor. tribut. (10. 19.)

38) l. 1. 6. qui bonis cedere (7. 71.).

ches sonst das Schicksal insolventer Schuldner in Folge der actio judicati ist. Es ist jene lex Julia vielleicht dasselbe Gesetz welches zugleich die manus injectio abschaffte, und welches aus mehrfachen Gründen für älter zu halten sein möchte, als gewöhnlich angenommen wird, d. h. älter, als selbst Julius Cäsar. Gewiß aber ist, daß dieselbe lex, welche die mit der actio judicati verbundene manus injectio abschaffte, das processualische Verfahren hinsichtlich dieser actio judicati neu bestimmen mußte. Und hier haben wir also einen für die eigenthümlichen Grundsätze der actio judicati erheblichen und noch nicht genau genug beachteten Zeitabschnitt zu suchen. Es durfte nunmehr der mit der actio judicati belangte und auf gewöhnliche Weise in jus vocirte Schuldner seine Sache selbst führen. Widersprach er dem Judicatum, oder schützte er zulässige Einreden vor, so mußte er eine cautio judicatum solvi bestellen [39]). Dann aber wurde zur Erörterung der noch streitigen Punkte, wie es Regel war im Pandectenrechte, auch hier ein judex niedergesetzt und durch eine formula instruirt [40]), der Beklagte aber im Leugnungsfalle aufs Doppelte verurtheilt [41]). Ferner war ihm erst jetzt die früher statthafte Einrede eines post rem judicatam abgeschlossenen Vergleichs entzogen [42]). Wer aber

39) Gajus IV. 25.

40) Gajus IV. 30. l. 75. D. de judic. (5. 1.) Hier wird der „judex qui de judicato cognoscit" dem Prätor ausdrücklich entgegengesetzt. Und daher ist von Vangerow's Annahme schwerlich richtig, als habe in der Executionsinstanz keine sogenannte processualische Consumtion der Klage statt finden können. Sie mußte eintreten, sobald z. B. ein judex über die der judicati actio opponirte Einrede der Competenz, über eine angebliche Zahlung, Compensation, Novation u. s. w. cognoscirte.

41) Noch zu Justinians Zeit gehört die actio judicati bekanntlich zu denen, quae inficiando in duplum crescunt. Doch ist dieser Satz wahrscheinlich uralt.

42) Von dem älteren Recht sagt Gellius XX. 1. 46: „erat *interea jus paciscendi*", d. h. bis zur förmlichen Addiction.

sofort das Judicatum gestand oder nochmals verurtheilt war, der mußte zahlen, oder ihn traf das Schuldgefängniß, falls er nicht noch der cessio bonorum sich bedienen durfte.

Freilich gab es schon lange vor der lex Julia, und schon zur Zeit der Zwölftafeln eine Execution gegen das Vermögen der Schuldner durch bonorum venditio, jedoch, wie aus der Darstellung bei Gajus (III §. 78) hervorgehet, ursprünglich nur in einem Falle. Denn was half dem Gläubiger die Personalexecution, wenn sich der Schuldner versteckt hielt oder flüchtig oder überhaupt abwesend war? Hierfür war zuerst die venditio bonorum eingeführt. Nur für diesen Fall nämlich wird von Gajus die venditio bonorum vor der lex Julia de cessione bonorum genannt, und gerade diesen Fall der venditio bonorum eines absens indefensus trifft das bei Livius (II. 24) schon vom Jahr 259 erwähnte Edict, wodurch Soldaten dagegen gesichert wurden, daß sie nicht in ihrer Abwesenheit eine venditio bonorum erlitten, wie später jeder rei publicae causa absens dagegen gesichert ist [43]. Durch diese venditio bonorum wurde aber der Schuldner infamis, und aller seiner Güter, aber auch seiner Schulden ledig. Hierzu kam zweitens die venditio bonorum ex lege Julia, wenn der Schuldner bonis cedirte. Diese infamirt nicht, befreiet aber den Schuldner nicht für immer, läßt ihm aber von seinem späteren Erwerb die nothwendigen Subsistenzmittel [44]. Hierzu kam denn endlich drittens die venditio bonorum judicati, wodurch nun den Gläubigern allgemein gestattet wurde, statt der actio judicati, auf den Güterverkauf anzutragen.

Jede venditio bonorum war bekanntlich im alten Recht ein Verkauf des Gesammtvermögens. Dasjenige Verfahren aber, welches wir als das gewöhnliche Executionsverfahren

---

43) l. 6. §. 1 quibus ex caus. in poss. (42. 4.)

44) §. 40 J. de act. (4 6.) l. 8. c. de bonis auct. jud. (1. 72) l. 6. 7. D. de cess. bon. (42. 3.)

darzustellen pflegen, die pignoris capio, ist späteren Ursprungs, und heißt in den Pandecten ein Verfahren extra ordinem [45]). Anfangs finden wir diese Auspfändung des Schuldners nur zum Behuf der Beitreibung öffentlicher Strafgelder und fiscalischer Gefälle [46]). Erst Antonius Pius hat daraus ein Executionsmittel für Privatansprüche gemacht, und dadurch zuerst eine directe, von Gerichtswegen zu vollziehende Execution der Urtheile eingeführt [47]). Und bei diesem Verfahren wurde allerdings kein judex niedergesetzt, sondern der Prätor leitete und vollzog die Auspfändung und den Verkauf durch seine Unterbeamten, und entschied über streitige Punkte selbst extra ordinem. Das jus ordinarium war aber immer die fast auf jedem Blatt der Pandecten, wie im Codex, erwähnte judicati actio gegen die Person des Schuldners. Dagegen wird später in der Praxis die Sache sich so gestaltet haben, daß das neue Verfahren durch Auspfändung und gerichtliche Veräußerung wegen seiner überwiegenden Zweckmäßigkeit am häufigsten Stattfand, daß eine missio in bona meistens nur im Fall eines Concurses, und eine actio judicati mit Personalhaft nur in seltenen Fällen noch eintrat, woraus die Gestalt der Lehre im Corpus Juris, namentlich im Codex, wo der Titel de exsecutione rei judicatae (7. 53.) lediglich von der Realexecution durch Auspfändung handelt, sich von selbst

45) l. 50. D. de evict. (21. 2.) „Praetoris extra ordinem sententiam exsequentis."

46) Hollweg a. a. O. S. 333.

47) Diese Constitution von Antoninus, auf welcher das jetzige Executionsverfahren wesentlich beruht, ist weitläufig von Ulpian commentirt in l. 15. pr. — § 12. D. de re jud. (42. 1.) Ihre Bedeutung gibt Ulpian zuerst so an: „A Divo Pio rescriptum est, magistratus populi Romani ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur, hi qui eos dederunt. Die Worte der Constitution stehen, obwohl vielleicht nicht vollständig in der l. 31. D. de re jud. (42. 1.)

erklärt. Gegen einen Zahlungsfähigen finden wir aber am allerwenigsten die actio judicati im Römischen Rechte ausgeschlossen. Sie galt vielmehr als das eigentliche Zwangsmittel, um die Hartnäckigkeit eines böswilligen Schuldners zu brechen.

Kehren wir hiernach zurück zu der Rechtswohlthat der Competenz. In der späteren Zeit, als die Execution meistens nur noch gegen das Vermögen des Schuldners gerichtet wurde, und die cessio bonorum gewöhnlich von der Personalhaft befreiete, auch wenn gegen einen insolventen Schuldner die actio judicati erhoben war, in dieser Zeit bestehet die Rechtswohlthat darin, daß dem Schuldner von seinem Vermögen etwas zur nothdürftigen Existenz gelassen wird. Früher wurde er ohne diesen Abzug verurtheilt auf den Betrag seiner Güter. Dieses war aber ehedem, als die Personalhaft Regel war und bevor es eine cessio bonorum gab, allerdings ein sehr bedeutendes Privilegium. Es befreiete ja nothwendig den Schuldner von den Haften mit seiner Person, wenn er nur auf den Betrag seines Vermögens condemnirt werden konnte. Dieses also ist der Ursprung und die alte Bedeutung der condemnatio in quantum facere potest. Und es war ja nothwendig, daß man früh schon von der Härte der alten persönlichen Haftpflicht wenigstens die nächsten Familienglieder befreite, daß man eben so dem Freigelassenen nicht erlaubte, seinen Patronus als einen gemeinen Schuldner zu behandeln. Wie hätte ferner der Ehemann, wenn er bei getrennter Ehe die volle Dos nicht zu erstatten vermochte, deßhalb dem Schwiegervater zum Schuldknecht addicirt werden können, oder der Schwiegervater, welcher die versprochene Dos später nicht zu zahlen vermochte, dem Schwiegersohne? Auch daß man die socii, gleich den Geschwistern, von dieser Haftpflicht befreiete, entspricht ganz den Römischen Ansichten von Societätsverhältnissen. Und daß ferner auch der Soldat nicht durch Schuldhaft seinem

Dienste entzogen werden sollte, auch dieses war sicher alt-römischen Ansichten angemessen. Eben so leicht erklärt sich das wegen der von einem filiusfamilias contrahirten Schulden diesen noch nach aufgehobener väterlicher Gewalt zustehende beneficium competentiae. Nach der rohen Weise, in welcher das ältere Römische Recht die väterliche Gewalt aufgefaßt hatte, gehörte bekanntlich aller Erwerb des filiusfamilias dem Vater, während für die gemachten Schulden der filiusfamilias selbst verhaftet blieb. Nichts war daher natürlicher, als daß man während der väterlichen Gewalt die actio judicati gegen einen filiusfamilias gänzlich ausschloß, und auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt ihm die Einrede der Competenz gab, falls er nichts Beträchtliches vom Vermögen des Vaters ererbt hatte: zumal da der filiusfamilias ja auch für die Schulden haftete, welche er bei Gelegenheit der in das väterliche Vermögen übergegangenen Erwerbungen gemacht hatte. — Es könnte endlich auffallend scheinen, daß dem Schenker erst spät durch Constitutionen diese Rechtswohlthat ertheilt worden ist. Wir wissen aber, daß im alten Recht die Klagbarkeit der Schenkungen äußerst beschränkt war, indem erst das Justinianeische Recht diese Klagbarkeit auf eine ziemlich unverständige Weise neu geordnet hat. So lange die exceptio legis Cinciae in den meisten Fällen die Klage aus einer Schenkung zurückwies, fühlte man weit weniger das Bedürfniß unserer Rechtswohlthat. Denn es waren ehedem nur Schenkungen unter nahen Familiengliedern, den Cognaten bis zum sobrinus, und ähnlichen nahen Angehörigen klagbar, und wie man meistens annimmt, auch geringfügige Schenkungen. Die nächsten Verwandten hatten aber als solche schon die Einrede der Competenz, so daß, wie es scheint, erst Antoninus Pius Veranlassung fand zu der allgemeinen Vorschrift, wodurch jedem, qui ex liberalitate convenitur, die Einrede gegeben

ist, und zwar so, daß er seine sämmtlichen Schulden abrechnen darf [48]). —

Es waren demnach schon im altrömischen Rechte bestimmte Schuldner von dem Haften mit ihrer Person dadurch befreit, daß die Verurtheilung auf den Betrag ihres Vermögens beschränkt wurde. Daß hierbei der Schuldner seine übrigen Schulden nicht abrechnen durfte, erklärt sich ganz natürlich. Nur dieser Gläubiger durfte den Schuldner wegen ihrer persönlichen Verhältnisse, oder wegen der Natur des Rechtsverhältnisses, nicht als einen gemeinen Schuldner und als Schuldgefangenen behandeln. Was aber andere Gläubiger vielleicht später thun könnten, das berührte rechtlich den jetzt klagenden Gläubiger nicht. Zur eigenen Subsistenz wurde Anfangs dem Schuldner nichts gelassen. Als aber die cessio bonorum später auch gewöhnliche Schuldner von der Personalhaft befreiete, da mußte das Privilegium der bevorrechteten Schuldner einen anderen Charakter annehmen. Es war natürlich, und überhaupt dem milderen Geiste des späteren Rechts angemessen, daß man nunmehr die von alter Zeit her privilegirten Schuldner wiederum milder behandelte, als den gewöhnlichen Schuldner, welcher bonis cedirte, d. h. man ließ ihnen die Lebensnothdurft. Hierdurch mußte man aber wieder zu der Caution wegen eventueller Nachzahlung hingeführt werden [49]).

§. 4.

Uns bleibt jetzt noch die Frage übrig, auf welchen Gründen die Nothwendigkeit jener Verbalcaution beruhete, welche der Beklagte, bevor ihm die Rechtswohlthat der Competenz zu Theil wurde, wegen eventueller Nachzahlung dem Kläger leisten mußte. Es ist dieses gleichbedeutend mit dem Satze, daß eine Nachforderung mittelst zweiter Klage, auch

48) l. 33. de jure dot. (23. 3.)

49) l. 2. pr. l. 5. pr. Quod cum eo, qui in aliena pot. (14. 5)

wenn der Schuldner in bessere Vermögensumstände später gekommen war, ipso jure nicht Statt fand. Denn eine Verbalcaution hat lediglich den Zweck, eine Klage zu erhalten oder zu schaffen aus Gründen der Billigkeit, d. h. um das materielle Recht gegen ein bloß formelles Prinzip, welches die Klage ausschließen würde, zu schützen und aufrecht zu erhalten. Es beruhete aber die Nothwendigkeit der Caution zunächst auf einem Satze des altrömischen Proceßrechts, wonach eine Klage, auch wenn sie bloß wegen einer dilatorischen Einrede abgewiesen worden war, nicht zum zweiten Male angestellt werden konnte. Dieser Satz hing aber wiederum mit einem viel weiter reichenden Prinzipe des alten Formelrechts zusammen, dessen Bedeutung und Umfang wir erst aus Gajus kennen gelernt haben. Es ist dieses die jetzt sogenannte processualische Consumtion der Klagen. Diese ist besonders von Keller in seiner Schrift über die Litiscontestation trefflich zuerst erörtert, und zur Erläuterung schwieriger Pandektenstellen fruchtbringend gemacht worden. Durch dieselbe ist ferner Ribbentrop zuerst zu der richtigen Erklärung der Correalobligatio hingeführt worden. Allein anders haben Andere diesen geschichtlichen Fund verwendet. Wir sehen nämlich in neueren civilistischen wie prozeßualischen Schriften diese proceßualische Consumtion der Klagen hingestellt und Folgerungen daraus abgeleitet, ganz so als ob dieselbe jetzt geltendes Recht sei: ein Verfahren, bei dem leicht zu befürchten ist, daß antiquirtes und geltendes Recht zu mißgestalteten Theorien verschmolzen werde. Denn wir haben diese Sache, welche im Corpus Juris so gar nicht zu lesen war, und welche deshalb auch nicht zu dem bei uns geltenden Rechte gehört, erst aus Gajus erlernt. — Die Sache selbst aber ist folgende.

Es ist ein an sich ganz natürlicher Rechtssatz, wenn man als Regel aufstellt, daß man denselben Anspruch nur einmal durch gerichtliche Klage verfolgen kann. Denn ent-

weder siegt der Kläger und erhält das ihm Gebührende, oder sein Anspruch wird als unbegründet zurückgewiesen. Auch im letzten Fall muß ein Ende des Streitens sein; es muß die Rechtskraft jede weitere Klage abschneiden, und was einmal als unbegründet oder nicht vorhanden rechtlich erkannt ist, das muß auch unter denselben Interessenten unwandelbar als nicht vorhanden betrachtet werden. In diesem Sinne ist denn auch im Justinianeischen Rechte die exceptio rei judicatae aufgefaßt worden. Allein im alten Recht wurde dieser Grundsatz keineswegs in den hieraus sich von selbst ergebenden Schranken angewendet, sondern die altrömische Jurisprudenz bildete daraus eine absolute starre Rechtsregel dahin, daß dasselbe Rechtsverhältniß, dieselbe Obligatio von demselben Kläger überall nur einmal in judicium deducirt werden könne, so daß eine neue Klage Anfangs ipso jure nicht Statt fand, später aber regelmäßig durch eine exceptio rei in judicium deductae zurückgewiesen wurde. Dieser Satz, welcher in seiner Anwendung ganz auf dem alten Formularproceß beruhete, mußte mit dem Untergang des alten Proceßverfahrens nothwendig untergehen. Daher ist auch die exceptio rei in judicium deductae, durch welche jener Rechtssatz geltend gemacht wurde, dem Justinianeischen Rechte fremd geblieben. Wir kennen diese Einrede erst aus Gajus. Aber wundern darf es uns nicht, wenn, den Compilatoren unbemerkt, in einzelnen Stellen der Pandecten einzelne Anklänge an das alte Recht und Folgesätze aus dem damals schon antiquirten Prinzip stehen geblieben sind. Dasselbe ist überall in den Quellen bei ähnlicher Lage der Dinge geschehen, und wir finden ja im Corpus Juris in den meisten Lehren das Recht verschiedener Zeiten durch einander gewürfelt, so daß dessen Sichtung und Sonderung oft die erheblichste Aufgabe der Wissenschaft ist. Ja selbst wenn in der Römischen Gerichtspraxis sich einzelne Sätze und Förmlichkeiten erhielten, welche lediglich Folgesätze eines antiquirten Prinzips waren, so darf uns dieses nicht

sehr wundern. Denn es geschieht oft, daß die Gewohnheit des bisherigen Verfahrens bei dem Hergebrachten verharrt, obwohl der Grund desselben hinweggefallen ist. Um so leichter konnte dieses in einer so wenig wissenschaftlichen Zeit geschehen, wie es die Zeit des spätern Römischen Rechts war.

Auf jenem Prinzipe, daß jede Klage, jede Obligatio nur einmal dürfe in judicium deducirt werden, beruhete zuvörderst der proceßualische Satz, daß der Kläger die einmal bis zur Litiscontestation gediehene Klage nicht konnte fallen lassen, um eine neue Klage zu erheben, sei es bei demselben Gerichte, oder bei einem andern. Nur dieses Letztere, daß die Klage nicht an ein anderes Gericht gebracht werden darf, finden wir noch im Corpus Juris ausgesprochen in der l. 30. D. de judic. (5. 1) und in der nicht glossirten l. 4. C. de in jus voc. (2. 2). Wichtiger aber für die gegenwärtige Untersuchung sind die Einwirkungen, welche ehedem dieses Prinzip auf das materielle Recht hatte. Dahin gehört besonders folgendes:

1. Wer als Gläubiger einen von mehreren correis auf das Ganze belangte, der hatte durch die bloße Litiscontestation seine Klage gegen die übrigen Mitschuldner verloren. Denn die Correalobligatio Mehrerer gilt als eine einzige Obligatio. Auch wenn daher der Gläubiger von dem belangten Schuldner wegen dessen Insolvenz gar nichts erhielt, so war dennoch seine Klage gegen die Mitschuldner aufgehoben, diese hatten die exceptio rei in judicium deductae. Ebenso wurde eine Einheit des Obligationsverhältnisses hinsichtlich der Verbindlichkeit eines Hauptschuldners und seines Bürgen angenommen, so daß ehedem auch durch die bloße Belangung des Einen der Andere liberirt wurde.

Es ist aber eine bekannte Sache, daß Justinian dieses Alles für aufgehoben erklärt hat in der l. 23 C. de fidejuss. (8. 41), während man früher sich dagegen durch besondere Cautionen und Verzichte beim Abschluß des Vertrags zu sichern suchte.

2. Ueberhaupt beruhete im Römischen Rechte die Lehre von der electiven Concurrenz der Klagen zum großen Theile bloß auf diesem starren Grundsatze. Deshalb mußten ältere Versuche über diese Lehre, auch die Abhandlung Thibaut's [50]), ungenügend bleiben, indem man nämlich einzelne Aussprüche der Quellen aus rationellen Prinzipien zu erklären suchte, während dieselbe lediglich auf jenem bloß formellen und deshalb in seiner absoluten Anwendung irrationellen Prinzipe beruheten. In manchen Fällen liegt es freilich in der Natur der Sache selbst begründet, daß der Kläger durch die gerichtliche Verfolgung eines Anspruchs einen andern Anspruch aufgibt, sobald ihm nämlich beide Ansprüche nach der Natur der Verhältnisse selbst nur electiv zustehen können. So hat der Verkäufer bei der lex commissoria, im Fall die Zahlung zur gesetzten Zeit nicht erfolgte, die Wahl ob er den Handel aufheben oder auf Zahlung klagen will. Es muß daher auch die durch die Erhebung der Klage ausgesprochene Wahl entscheidend sein. Auf ähnliche Weise können die Gläubiger, welchen ein filiusfamilias aus Handelsgeschäften schuldet, entweder mit der actio de peculio den Vater belangen, oder nach den Grundsätzen der tributoria actio eine Separation des Handlungsvermögens von dem übrigen Peculium fordern, und damit zugleich dem Vater das Recht nehmen, seine eigenen Forderungen vom Betrag des Peculiums abzurechnen. Aber auch dieses ist nach der Natur der Verhältnisse selbst ein nur electiv den Gläubigern zustehendes Recht. Und deshalb ist auch noch im Corpus Juris ausgesprochen, daß durch die Erhebung der einen Klage die andere ausgeschlossen ist [51]). Aus gleichem Grunde können auch die Erbschaftsgläubiger, welche einmal durch das beneficium separationis, zum Zweck separirter Befriedigung, den Nachlaß vom Vermögen des Erben getrennt haben, den

---

50) Thibaut Civilistische Abhandlungen Nro IX.

51) l. 9, §. 1 D. de tributor. act. (14. 4)

Erben nicht weiter in Anspruch nehmen, sie müssten denn gegen die ganze Separation eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen [52]. Und ebenso ist ja auch bei der tributoria actio das Handlungsvermögen zum Besten bestimmter Gläubiger von den übrigen Schulden des filiusfamilias gesondert. —

Hiernach dürfen wir von der citirten l. 9. §. 1 D. de tribut. act. noch keineswegs auf die übrigen s. g. actiones adjectitiae qualitatis für das jetzige Recht schließen. Allerdings wirkte im alten Rechte die exceptio rei in judicium deductae auf diese Klagen zerstörend. Denn bekanntlich liegt diesen Klagen als Basis die Obligatio des filiusfamilias aus dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zum Grunde. Das Schuldverhältniß des filiusfamilias bildete das wesentliche Klagfundament in den Klagformeln, die intentio. Durch diese wurde daher die Obligatio des filiusfamilias ein für alle Mal in judicium deducirt, sobald eine dieser Klagen gegen den Vater erhoben worden war. So lautete die actio de peculio aus einem von einem filiusfamilias geschlossenen Kauf ungefähr folgendergestalt:

> Quod Aulus Agerius Titio hominem vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Numerium Negidium (den Vater) duntaxat de peculio Aulo Agrieo condemnato rel.

Erhielt der Kläger bloß deshalb sein Geld nicht, oder nicht vollständig, weil das Peculium nicht hinreichte, so konnte er doch weder den Vater noch den Sohn aus dieser Obligatio des Sohnes weiter belangen, sollte auch der Kauf im Auftrag des Vaters geschlossen, oder die Sache in das Vermögen des Vaters verwendet worden sein. Denn den Klagen quod jussu und de in rem verso lag in der Klagformel als intentio dieselbe Obligatio des Sohnes zum Grun-

52) l. 1. §. 17. l. 5. D. de separat. (42. 6.)

de [53]), und diese Obligatio konnte nicht zum zweiten Male in judicium deducirt werden. — Ebenso konnte ferner, wer einmal eine actio de peculio erhoben hatte, ohne volle Befriedigung zu erlangen, wenn später das Peculium wieder vermehrt worden war, nicht zum zweiten Male de peculio klagen. Wir sahen schon oben (Note 21), daß noch in der l. 47. §. 2. D. de peculio gesagt ist, es brauche auch der Vater, welcher zum ersten Male de peculio belangt wurde, wenn das Peculium nicht hinreiche, nicht zu caviren, daß er bei vermehrtem Peculium nachzahlen wolle, wie dieses bei der Rechtswohlthat der Competenz geschehen müsse. Hieraus folgt, daß ipso jure keine zweite Klage Statt fand; sie müsste ja auch durch eine exceptio rei in judicium deductae zurückgewiesen werden.

So das alte Recht. Die Compilatoren aber haben für das Justinianeische Recht, welchem jene exceptio rei in judicium deductae fremd ist, den letzten Satz mit Recht durch Interpolation geändert, und eine Nachforderung durch eine zweite actio de peculio zugelassen [54]). Was aber die Concurrenz dieser Klage mit der actio de in rem verso und quod jussu anbetrifft, so haben wir darüber meines Wissens im Corpus Juris nur eine ausdrückliche Stelle, die nach ihrer Fassung wesentlich nach dem alten Rechtsprinzip sich anschließt. Es ist die l. 4. §. 5. D. Quod cum eo, qui in aliena pot. (14. 5).

Is qui de peculio egit, cum posset quod jussu, in ea causa est, ne possit quod jussu postea agere: et ita Proculus existimat. Sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei, quae sententia habet rationem.

Der erste Satz dieser Stelle beruhet ganz auf dem al-

---

53) „eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur." Gajus IV. §. 74.

54) Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest. l. 30. §. 4. D, de peculio (15. 1.)

ten formellen Prinzip. Die letzten Worte aber zeigen, wie schon die Jurisprudenz der späteren Juristen dieses starre Prinzip zu mildern strebte. Diese Milderung beruhete auf den Grundsätzen der Restitution wegen Irrthums, deren vornämlichste Bestimmung war, einen billigen Schutz gegen starre Grundsätze des alten Formelrechts zu gewähren [55]. In unserm Falle bestand jedoch die ganze rechtliche Hülfe darin, daß derjenige, welcher aus Irrthum die actio de peculio statt der quod jussu erhoben hatte, später noch mit der actio quod jussu zugelassen wurde, indem der Prätor die exceptio rei in judicium deductae verwarf. Obwohl es aber für das Justinianeische Recht der Verwerfung dieser nicht mehr existirenden Einrede nicht mehr bedarf, sondern die zweite Klage ohne Weiteres zugelassen werden muß, so haben doch die Compilatoren die citirte Stelle unverändert gelassen, wahrscheinlich deshalb, weil ihnen das praktische Resultat genügend, d. h. als ganz dasselbe erschien.

Eine ganz ähnliche Entscheidung eines gleichartigen Falles finden wir noch in der l. 13. pr. D. de instit. act. (14. 3). In dem hier entschiedenen Falle klagte ein Gläubiger aus einem Darlehn, das einem Sklaven gegeben war, welcher verschiedenen Geschäften seines Herren vorstand. Der Gläubiger behauptete die Verwendung des Geldes in eine bestimmte Handlung. Er wurde aber wegen mangelnden Beweises der in rem versio abgewiesen, während das Geld in der That in einem andern Geschäfte zum Nutzen des Herrn verwendet worden war. Die Frage nun, ob deshalb eine zweite Klage möglich sei, ward dahin entschieden:

licet consumta est actio neque amplius agere poterit, — tamen Julianus utilem ei actionem competere ait.

Auch bei dem Resultat dieser Entscheidung konnten die Compilatoren sich sehr wohl beruhigen, in dem es für Justi-

55) W. Francke Beiträge S. 84 — 94.

nians Recht durchaus gleichgültig war, ob man die neue Klage direct oder als utilis actio zuließ.

Es ist aber nothwendig noch näher zu zeigen, wie durchaus nach einem formalen Prinzipe ohne Berücksichtigung rationeller Grundsätze jener alte Grundsatz angewendet wurde. Dazu werden wenige Betrachtungen genügen. — Wer mit einem filiusfamilias im Auftrag des Vaters contrahirte, der hat außer der gewöhnlich genannten actio quod jussu, auch eine condictio gegen den Vater. Ebenso kann wegen desjenigen, was in des Vaters Vermögen verwendet worden ist, statt der actio de in rem verso ebenfalls eine condictio gegen den Vater erhoben werden. Er gilt für die creditirte oder verwendete Summe als direct dem Gläubiger verpflichtet [56]). Dieser Condictio liegt also formell keine Contractsverbindlichkeit des Sohnes zum Grunde, sondern dieselbe verfolgt lediglich des Vaters eigene Verbindlichkeit. Die ganze Formel konnte lauten: Si paret Gajum Sejo centum dare oportere, Gajum Sejo centum condemnato, s. n. p. a. Und wenn daher auch schon früher gegen den Vater vergebens de peculio geklagt war, so konnte freilich im alten Rechte nicht mehr mit der Formel quod jussu oder de in rem verso geklagt werden, wohl aber mit einer condictio, indem dieser des Vaters eigene Obligatio zum Grunde lag. Wie hätte man aber im Justinianeischen Rechte, nachdem die Klagformeln längst verschwunden waren, noch diesen bloß auf der verschiedenen Fassung der Klagformeln beruhenden Unterschied machen können? Vielmehr zeigt grade diese Betrachtung, zu welcher Zeit und aus welchen Gründen dieses ganze formale Prinzip im Römischen Rechte untergehen mußte. Es beruhete wesentlich auf dem Formularproceß, und mußte mit diesem fallen. — So ist es ja auch im heutigen Rechte, wenn z. B. A den B aus einem

---

56) „directo posse condici" §. 8. J. Quod cum eo, qui in alien. (4. 7.)

von dessen Administrator contrahirten Darlehn deshalb belangte, weil B zu dem Darlehn speciellen Auftrag ertheilt habe, und seine Klage deshalb abgewiesen wurde, weil er freilich das Darlehn, nicht aber den Auftrag, zu beweisen vermochte, außer allem Zweifel, daß A desselben Darlehns wegen nochmals klagen kann, wenn er eine Verwendnng des Geldes in das Vermögen des B behauptet. Denn dieses ist für den B ein wesentlich neuer Grund, weshalb er haftet. Und nur dann kann in allen gedachten Fällen nach unserem Rechte durch die erste Klage die zweite aufgehoben sein, wenn entweder der Kläger durch die erste sein Geld erhielt, oder wenn in dem Urtheil, welches ihn abwies, die Darlehnsfordernng für nicht existirend erkannt worden ist. Denn dann muß der zweiten Klage eine exceptio rei judicatae entgegenstehen, indem auch über die Basis der zweiten Klage schon rechtskräftig entschieden ist.

Wichtig für die richtige Auffassung des alten Prinzips ist besonders noch die l. 1. §. 21. 22. D. de tutel. et rat. dist. (27. 3) mit deren Erklärung noch Thibaut a. a. O. sich vergebens bemühet hat. Es ist nämlich ein bekannter Satz im Römischen Rechte, daß wer aus demselben Factum eine Klage auf Schadensersatz und eine actio mixta hatte, auch nachdem er mit der ersten Klage den Schadensersatz erhalten hatte, die zweite Klage noch auf dasjenige, was sie mehr enthielt, anstellen konnte. Davon ist aber für die actio tutelae und rationibus distrahendis das Gegentheil hier gesagt in den Worten:

> In tutela *ex una obligatione* duas esse actiones constat, et ideo sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam peremta est.

Es bilden also, nach Ulpians Worten, beide aus der Veruntreuung des Vormundes entstehende Klagen formell eine und dieselbe Obligatio. Das heißt, sie hatten in der Klagformel eine gleiche intentio, durch jede der Klagen wurde die obligatio tutelae in ju-

dicium deducirt, und nur die condemnatio, (wir würden sagen die Klagbitte), war verschieden, weshalb auch Paulus recht bezeichnend von den treulosen Vormündern sagt: in duplum ejus pecuniae *condemnatione conveniuntur* [57]). Daraus ergab sich aber nach dem alten Prinzip die Consequenz von selbst, indem durch die eine Klage die ganze Obligatio ein für alle Mal in judicium deducirt war. Daß aber diese aus den Worten Ulpians von selbst hervorgehende Erklärung die einzig richtige ist, folgt besonders noch aus den folgenden Worten Ulpians. Er sagt nämlich weiter, es könne der Vormund wegen Unterschlagung auch mit der actio furti belangt werden. Diese aber werde nicht durch die bloße Anstellung oder Durchsetzung der actio tutelae consumirt: et hac actione (tutelae) conventus, furti non liberatur: neque enim eadem est obligatio furti et tutelae, *sed plures obligationes*, nam et tutelae et furti obligatur. Dieses heißt, die obligatio tutelae und die obligatio furti sind formell verschiedene Obligationen mit verschieden lautenden Klagformeln. Durch jede Klage wurde formell eine andere obligatio in judicium deducirt, so daß die bloß auf formalen Gründen beruhende exceptio rei in judicium deductae hier nicht Statt fand. Und nur wenn der Vormund bei der ersten Klage von der Veruntreuung freigesprochen wurde, dann war, vermöge der den materiellen Gehalt des Urtheils schützenden exceptio rei judicatae, auch die actio furti nothwendig aufgehoben [58]). Jene Entscheidung aber über die Concurrenz der actio tutelae und rationibus distrahendis haben allerdings die Compilatoren stehen lassen, vielleicht absichtlos, vielleicht aber auch, weil sie der Meinung waren, daß das Nachfordern einer bloßen Strafe eine rechtliche Begünstigung nicht verdiene, und weil sie deshalb nichts ändern wollten. Diese Betrachtungen werden

57) Paulus Sent. rec. II. 30.
58) l. 5. D. de exc. rei jud. (44. 2.)

genügen, theils um zu zeigen, wie viel hier noch zur Erläuterung der Quellen zu thun ist, theils aber auch, um die Bedeutung des alten Prinzips festzustellen. Wir haben aber noch endlich.

3) eine weitere Consequenz dieser s. g. proceßualischen Consumtion der Klagen zu erwägen. Da nämlich das altrömische Recht keine Abweisung der Klagen „zur Zeit" oder „in angebrachter Maaße" kannte, so mußte ehedem auch derjenige, welcher bloß wegen einer dilatorischen Einrede abgewiesen war, seinen Anspruch für immer einbüßen. Gajus sagt hierüber (IV. 33):

> Observandum est autem ei, cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem. Alioquin si objecta exceptione egerit, *rem perdit*, *nec enim post illud tempus — adhuc ei potestas agendi superest*, *re in judicium deducta et per exceptionem peremta.*

In Justinians Institutionen, wie bei Theophilus, wird dieser Sache nur noch als einer Antiquität gedacht [59]) Aber in den Pandecten findet sich auch hier wieder einige. Verwirrung, in Stellen, wo den Compilatoren der veränderte Rechtszustand entgangen ist. So namentlich in der l. 2. D. de except. rei jud. (44. 2). Hier belangt nämlich ein Gläubiger den testamentarischen Erben seines Schuldners. Er wird abgewiesen in Folge der dilatorischen Einrede: „si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bon. possessio dari possit". Da jedoch in der That keine bonorum possessio contra tabulas nachgesucht wurde, so wurde der Gläubiger durch in integrum restitutio zu neuer Klage zugelassen. Die Aufnahme dieser Stelle ist aus einem doppelten Grunde ein Versehen der Compilatoren, erstens, weil es seit Justinians l. 12. C. de petit. hered. (3. 31) solche Einrede gar nicht mehr gibt, und zweitens, weil damals eine dilatorische Einrede keine definitive Abweisung

---

59) §. 9. J. de except. (4. 13.) Theophilus ad §. 9. 10 J. de except.

mehr herbeiführte, es also keiner Restitution mehr bedurfte. Jedoch zeigt diese Stelle wiederum, wie auch hier schon die ältere Jurisprudenz das formelle Prinzip zum Besten des materiellen Rechts — gleich wie in den vorher angeführten Fällen — zu stürzen oder unschädlich zu machen suchte. —

Die Anwendung dieser älteren Grundsätze auf die Rechtswohlthat der Competenz ergibt sich von selbst. So lange jede Klage wegen einer dilatorischen Einrede definitiv und auf immer abgewiesen wurde, trat dieses auch stricto jure bei der Einrede der Competenz ein. Allein so wie man in den mehrfach gedachten Fällen gegen die Unbilligkeit dieser proceßualischen Consumtion der Klagen durch utiles actiones oder in integrum restitutio half, so schützte man hier das materielle Recht durch die Caution eventueller Nachzahlung. In dieser Entwicklung der Sache liegt aber zugleich der wichtigste Grund dafür, daß schon nach dem Pandectenrechte die Caution allgemein angenommen werden muß, und daß sie nicht auf die einzelnen Fälle beschränkt werden darf, bei welchen sie zufällig erwähnt wird. Aus der l. n. §. 7. C. de rei uxor. act. ergibt sich jedoch, daß diese Caution, ein bloßes Versprechen, in der Praxis der Römischen Gerichte sich länger erhalten hat, als sie nothwendig war, indem sie hier zu einer Zeit vorkommt, da wegen einer dilatorischen Einrede keine Klage mehr definitiv und für immer abgewiesen werden konnte.

Oftmals hat man sich noch auf die l. 8. C. Soluto matrim. (5. 18) berufen, um darzuthun, daß schon zu Diocletians Zeit auch ohne zuvor bestellte Caution eine Nachforderung zugelassen worden sei. Dieses that schon die Glosse und in unsern Tagen noch Keller. Ich muß jedoch gestehen, daß wir theils dieser Stelle für das jetzige Recht nicht bedürfen, daß aber andererseits ein Berufen auf diese Stelle bedenklich ist. Sie enthält nämlich ein höchst unbestimmtes Rescript, bei dem wir die Anfrage, auf welche rescribirt wird, nicht kennen, weshalb auch die Sachverhält-

nisse des entschiedenen Falles hier, wie oftmals, sehr zweifelhaft sind. Sie lautet so:

Nec maritus, licet post divortium in quantum facere possit condemnandus est, postea idoneus factus, qui non reddiderat, residui probabiliter solutionem recusat. At cum ejus heredes in solidum conveniendos non ambigatur, reb.

Nur dann würde die Stelle beweisend sein, wenn man voraussetzt, daß der hier erwähnte Ehemann schon einmal bei Trennung der Ehe belangt war — was möglich aber nicht ausdrücklich gesagt ist. — Denn bezeichnet ist er nur als einer, qui non reddiderat integrum, und in den Worten maritus, licet in quantum facere possit *condemnandus est*, ist bloß der Rechtssatz ausgesprochen, daß ihm die Rechtswohlthat der Competenz zustehet, nicht aber liegt nothwendig darin, daß er schon einmal, bei Trennung der Ehe, belangt war.

§. 5.

In dem Obigen ist öfter von einem starren, in seiner absoluten Anwendung irrationellen Prinzip die Rede gewesen, welches schon von der spätern Jurisprudenz überall wo seine Unbilligkeit im Leben hervortrat, durch in integrum restitutio, utiles actiones, oder durch Cautionen gemildert wurde, bis es mit dem Untergang des Formelrechts selbst unterging. Dieser Satz gehörte zu den zahlreichen alten *regulae* juris civilis, Gebilden der ältesten Römischen Jurisprudenz, welche mit gleicher Starrheit in allen den Rechtstheilen hervortreten, welche gerade deshalb dem strictum jus angehören. Die obige Darstellung ergibt aber wohl genügend, wie sehr und wie nothwendig diejenigen Schriftsteller irren mußten, welche dergleichen Lehren einer rein formalen Jurisprudenz, nebst allen daraus mit starrer Consequenz gezogenen Folgesätzen, nur aus rationellen Prinzipien zu erklären so oft bemühet waren. Diese suchten den Geist und Maaßstab unserer Jurisprudenz in einer Zeit, welche um das materielle Recht und höhere Rechtsprinzipien weniger bekümmert, bloß mit formalen Rechtsregeln rechnete.

Auf keinen Fall aber dürfen wir uns wundern, oder es tadeln, daß einmal ein solcher Standpunkt in der Römischen Jurisprudenz Statt gefunden hat. Er war einstmals nothwendig. Der Hauptzweck der alten leges war, ein festes und gewisses Recht zu ordnen. Dasselbe Streben lag der alten Jurisprudenz zum Grunde. Daher wurden genau bestimmte Formeln geschaffen für Rechtsgeschäfte jeder Art, für Testamente, wie für Processe [60]). Zugleich bildete man feste Rechtsregeln, welche oft den Formeln sich nothwendig anschlossen, und legte so den Grund zu einem festen, aber rein formalen und dadurch oft sehr unbilligen Rechte. So wurde es eine Hauptaufgabe der späteren Jurisprudenz und Gesetzgebung, diese Starrheit mit den Forderungen einer vernünftigen Billigkeit auszugleichen, Einzelnes ist aber noch nicht ausgeglichen worden.

Ganz irrig aber wäre die Ansicht, als wären jene alten regulae willkührlich ersonnen. Ihnen allen liegt ein höheres Rechtsprinzip, eine innere Nothwendigkeit, wodurch sie ins Leben gerufen wurden, in der That zum Grunde. So ist es ja eine natürliche Regel, daß jede Klage nur einmal darf angestellt werden, indem entweder der Kläger das Seinige erhält oder seine Forderung für unbegründet erkannt wird. Eine rationelle Jurisprudenz kann aber die Regel auch nur in dem hieraus sich ergebenden Umfang anwenden. Allein das alte Recht nahm — wie wir oben sahen — den Satz absolut, und wandte ihn an, wenn auch der Kläger weder das ihm Gebührende erhalten, noch sein Anspruch für unbegründet erklärt worden war, z. B. wenn er von mehreren correis einen belangt und bloß wegen dessen Insolvenz nichts erhalten hatte, oder wenn ihm bloß eine dilatorische Einrede zur Zeit entgegenstand.

Diese absolute Durchführung der Rechtsregeln, weiter

---

60) Gute Bemerkungen darüber in der Schrift Liebe's: die Stipulation und das einfache Versprechen. S. 9 — 15.

als ihr innerer Grund reicht, bildet vorzugsweise den Character des alten jus strictum der Römer. Auch im heutigen Rechte finden wir noch zuweilen ein ähnliches Hinneigen zu einer bloß formalen Anwendung ähnlicher Rechtsregeln. So müßte z. B. die Regel „Locus regit actum" entstehen, weil sie für die meisten darunter begriffenen Fälle ihren guten Grund in den Verhältnissen der Staatsgewalt selbst hat. Wer diese Regel aber absolut durchführen, und z. B. anwenden will auf einen nur in der Heimath wirkenden Vertrag, welchen zwei Bürger desselben Ortes nur zufällig jenseit der Grenze abschlossen, oder auf den Inhalt eines in der Fremde errichteten Testaments, der verfährt ganz im Sinne jener starren altrömischen Jurisprudenz. Die meisten Analogien finden wir aber im Römischen Erbrecht. Namentlich das Testamentsrecht, sowohl die Erbesernennungen und Enterbungen, wie die Legate, beruheten auf hergebrachten und nothwendigen Formeln und damit in Verbindung stehenden starren Regeln, grade so, wie dieses bei dem alten Proceßrechte der Fall war. Betrachten wir z. B. den Satz, daß jedes Testament durch ein späteres aufgehoben wird, so ist es klar, daß diese Regel an sich ihren inneren Grund hat, wodurch sie ins Leben gerufen werden mußte. Denn regelmäßig macht der Testirer ein neues Testament deshalb, weil er nicht mehr aus dem ersten beerbt werden will. Es ist also ein nothwendiger Rechtssatz, daß das erste Testament durch Errichtung des zweiten aufgehoben wird: denn so will es der Testirer. Allein es ist in hohem Grade irrationell, diesen Satz so absolut durchzuführen, wie dieses in der Römischen Jurisprudenz geschehen ist. Er ist nämlich auch da angewendet, wo der Testirer durch das spätere Testament das erste gar nicht aufheben, sondern dem ersten nur einzelne Bestimmungen als Nachtrag beifügen wollte. Solcher Fall kann oftmals vorkommen, z. B. wenn der Testirer mehrere Erben ernannt hat, von denen einer vor ihm verstirbt, und er nun bloß auf dessen Antheil

einen andern Erben in dem neuen Testamente nachtragen will, während im Uebrigen nach seiner Absicht das erste Testament in Kraft bleiben soll. Ist es nicht so unverständig wie möglich, dem deshalb im zweiten Testamente nur auf einen Theil ernannten Erben dennoch die gesammte Erbschaft zuzusprechen? Solche Consequenzen müssen aber eintreten, sobald man einmal Rechtsregeln, welche nur wegen eines bestimmten innern Grundes von der Doctrin aufgestellt worden sind, weiter anwendet als ihr Grund reicht, und selbst da anwendet, wo diese Anwendung mit dem Grunde der Regel in Widerspruch tritt. Und nur unvollständig hilft hier die Verordnung von Septimius Severus, wonach allerdings, wenn im zweiten Testament die fortdauernde Gültigkeit des ersten ausgesprochen ist, dieses erste geradezu als Codicill behandelt wird [61]). —

Ganz ebenso verhält es sich auch mit der so viel besprochenen Regel: nemo pro parte testatus decedere potest. Auch diesem Satz liegt eine nothwendige Rechtswahrheit zum Grunde. Das Testament muß die Intestaterbfolge ausschließen. Denn dieses will der Testirer, sobald er sich einen Erben durch Testament ernennt, und dazu ist ihm die testamenti factio gegeben worden. In sofern kann man sagen: harum rerum naturaliter inter se pugna est. Aber nur eine starre, rein formale Jurisprudenz konnte aus diesem natürlichen Vorzug des Testaments eine absolute Rechtsregel bilden, und diese auch da anwenden, wo sie mit ihrem Rechtsgrunde, dem Willen des Testirers, in Widerspruch tritt. Dem Character der altrömischen Jurisprudenz war dieses aber grade so angemessen, wie auf gleiche Weise die oben besprochenen Rechtsregeln, und viele andere, gebildet worden sind. Denn hierin bestand der starre Character des alten jus strictum.

Wohl glaube ich, daß diese Erklärung der letztgedach-

---

61) §. 3. J. Quibus mod. test. infirm. (2. 17)

ten Regel manchen Zeitgenossen zu einfach erscheinen wird. Muß ich aber bei dieser Gelegenheit mein Urtheil über neuere Erklärungsversuche aussprechen, so kann ich dieses nur in folgende Worte fassen. Der früheren Jurisprudenz in Deutschland ist mit Recht der Vorwurf gemacht worden, daß sie vielfach auf hohlem Scholasticismus beruhete und in seichtem, oberflächlichem Dogmatismus bestand. Unserer Zeit wird das Zeugniß nimmer versagt werden, daß sie mit Erfolg bestrebt war, das Wesen des Rechts und den Inhalt der Rechtsverhältnisse tiefer und geistiger zu erfassen und in reinerer Form auszudrücken. Zugleich aber wird man erkennen, daß hier ein beim Fortschreiten der Wissenschaft nie zu vermeidendes Extrem Statt gefunden hat, und daß man für tiefsinnige Auffassung uns zuweilen auch leere Gebilde der Phantasie und Spiele des Witzes gegeben hat. Denn anders ist es nicht zu nennen, wenn Gans einstens jene Regel aus dem angeblich das ganze Römische Recht durchdringenden Gegensatz der Patricier und Plebejer erklärte, oder ein Anderer dafür den Gegensatz der alten Sabiner und der Ramnes substituirt hat, oder wenn Huschke die Regel ableitete aus der untheilbaren, und doch wieder unter mehrere Erben theilbaren persönlichen Vermögensfähigkeit des Erblassers, in deren Uebergang auf die Erben sogar der wahre Begriff der Erbfolge bestehen soll. — In der That, man wird sich dereinst noch darüber wundern, was Alles man heutzutage für geistreich gehalten hat, vielleicht auch darüber, wie man so lange Jahre seinen Scharfsinn auf diese einzige Regel verwenden konnte, ohne dabei die übrigen ganz ähnlichen Regeln des Römischen Rechts, und deren Entstehungsart, zu betrachten.